REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, jueves cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014)
Hora: 11:00 a.m.
Aprobado por Acta No. 527

Radicación	66001-31-09-001-2014-00091-01
Accionante:	Sandra Patricia Hernández Barahona
Accionado:	Cafesalus EPSS y Secretaría de Salud Departamental
Procedencia:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por **CAFESALUD EPSS**, contra el fallo del 15 de julio de 2014, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora **SANDRA PATRICIA HERNÁNDEZ BARAHONA** quien actuó en nombre propio y contra la mencionada entidad de salud**.**

ANTECEDENTES:

Relata la libelista que es una mujer de 34 años de edad, madre de dos hijos y con escasos recursos económicos. Igualmente cuenta,

que desde mediados del año 2013 presentó cuadro de cólicos constantes y vómitos por lo cual le fueron practicados una serie de exámenes que dieron como resultado que padece de una "hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena", para cuyo tratamiento le fue ordenada una "colecistectomía por laparoscopia y herniografia umbilical sod-hernia umbilical"; al realizar los trámites para su autorización, Cafesalud EPSS le informó que debía cancelar $212.000, $50.000 como copago por el procedimiento denominado cirugía de hernia umbilical y $162.000 por la colecistectomía por laparoscopia.

Afirma la señora Hernández, que no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir los pagos solicitados por la EPSS, pues es madre cabeza de familia y sus ingresos económicos dependen exclusivamente de su trabajo como vendedora ambulante y ocasionalmente en casas de familia, pero a causa de su patología muchas veces no puede desplazarse a su lugar de labores, lo cual hace que sus ingresos sean menores.

De acuerdo a lo anterior, la señora Sandra Patricia solicita se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, para con ello ordenarle a Cafesalud EPSS exonerarla de copagos y cualquier otro costo por los procedimientos que se le deben realizar; de otro lado, pide que se disponga la realización inmediata de la cirugía y que se le garantice el tratamiento integral para su patología, incluyendo transporte, viáticos y alimentación para ella y un acompañante cuando se le hagan remisiones para una ciudad distinta a la de su domicilio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito local, avocó el conocimiento de la actuación, realizó las vinculaciones del caso, corrió el traslado a la parte accionada en la forma indicada en la ley, para posteriormente y

al efectuar el análisis de la situación fáctica planteada, en sentencia del 15 de julio del año en curso, decidió amparar el derecho fundamental a la salud de la señora Sandra Patricia Hernández, en consecuencia le ordenó a Cafesalud EPSS que dentro de las 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, procediera a practicarle a la petente las intervenciones quirúrgicas por ella requeridas, sin el cobro de cuotas moderadoras o copagos; adicionalmente, le ordenó suministrarle el tratamiento integral para sus patologías -cálculos de la vesícula biliar sin colecistitis y hernia umbilical son obstrucción ni gangrena-, los cuales queda exentos del pago de cuotas moderadoras o copagos.

IMPUGNACIÓN

La Administradora de la Agencia Cafesalud EPSS Pereira, presentó escrito de impugnación dentro del tiempo legalmente establecido para ello, indicando su inconformidad con la exoneración de copagos y la integralidad concedida para el tratamiento de las patologías de la paciente.

Respecto del primer tema, indicó que los copagos o cuotas moderadoras son erogaciones de origen legal que se les cobran a los usuarios con relación a su nivel socioeconómico, sin que con ello se vulneren derechos fundamentales de persona alguna; para sustentar sus dichos y a fin de dejar claro que las patologías padecidas por la actora no se encuentran dentro de las excepciones legales para la exoneración de copagos, transcribió algunos artículos del acuerdo No. 30 emitido por el CNSSS.

En punto de la integralidad mostró que en la demanda no aparece indició alguno sobre los servicios que comprendería tal tratamiento a futuro, y menos consta que Cafesalud haya negado servicios a la usuaria deliberadamente y sin justificación alguna. Adicionalmente, pidió recordar que la normatividad vigente dice claramente que el cubrimiento de los servicios excluidos del pos se encuentra en cabeza

de las entidades de salud territorial, distrital o municipal.

En atención a ello solicitó se revoque el fallo de primer grado. Adicionalmente y en caso de no accederse a la revocatoria, pidió se especifique en la parte resolutiva de la decisión que dicho tratamiento se circunscribe a aquella que motivo la tutela, igualmente que se aclare que el recobro que puede hacer ante la Secretaría de Salud Departamental es el por el 100% de todo aquello No Pos que le brinde al actor y que el dinero de los mismos deberán ser reembolsados por la entidad dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la prestación de los mismos.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con el canon 86 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 32 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Problema jurídico planteado

Compete a esta Corporación establecer si en el presente asunto le asiste razón a la EPS en cuanto a que lo ordenado por el Juez de primer grado no se encuentra ajustado a derecho y a las normas que en materia de salud rigen y por tanto se debe autorizar el recobro de acuerdo a lo solicitado en la impugnación, o por el contrario debe confirmarse por hallarse que el mismo se emitió acorde a las leyes que orientan el tema.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona está facultada para promover acción de

tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Materia de decisión para esta Colegiatura, la constituye la pretensión de la entidad impugnante, en el sentido de que se le adicione un numeral al fallo de primer grado reconociéndole a CAFESALUD EPSS recobrar el 100% de los recursos destinados por esa entidad para dar cumplimiento a la orden de tratamiento integral dada, mismos que deberán ser reconocidos por parte de la Secretaría de Salud Departamental dentro de las 48 horas siguientes a su recobro.

El derecho a la salud está establecido en el artículo 49 de nuestra carta magna como un servicio público esencial el cual puede ser prestado tanto por particulares como por el Estado, sin embargo, siempre será el Estado el encargado de garantizarle el acceso a este servicio a toda la población. Es por ello, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia[1] ha recalcado la autonomía de dicho derecho y ha indicado que su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Sin embargo, al momento de solicitar su protección vía tutela, es deber del Juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos requisitos ello por cuanto existe un límite razonable al ejercicio de este derecho *"los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el*

[1] Ver Sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008. T- 360 de 2010 entre otras.

solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho."[2]

En base a ello, se puede ver que en el presente asunto la acción de tutela deviene en procedente y se torna en un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de la señora Hernández Barahona, ya que se encuentra dentro de las personas que por su condición económica se encuentra en estado de indefensión para hacer valer sus derechos.

En lo que respecta a la exoneración por cuotas moderadoras o copagos, se tiene que el artículo 187 de la Ley 100 estableció éstas como una manera de racionalizar el uso de los servicios de salud, indicando que no se pueden convertir en una barrera para que las personas puedan acceder a los servicios de salud. A su vez, el artículo 18 del decreto 2357 de 1995 determinó que a los beneficiarios del sistema general en salud del régimen subsidiado les corresponde pagar una cuota moderadora para acceder a los servicios, cuota que es cobrada directamente por las instituciones prestadoras del servicio de salud. Más adelante, el Acuerdo 260 de 2004 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definió que los copagos son aportes en dinero correspondientes a una parte del valor del servicio de salud requerido, indicando que las erogaciones que hacen los afiliados y sus beneficiarios en el régimen contributivo se llaman cuotas moderadoras, mientras que los pagos que hacen los afiliados beneficiarios del régimen subsidiado se denominan copagos, indicando que para estos últimos el monto a sufragar será determinado por la clasificación que tengan en el Sisbén.

En ese orden, se tiene que el cobro de copagos o cuotas moderadoras por parte de las IPS y las EPS es totalmente legal y es

[2] Corte Constitucional, Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008, T-189 de 2010.

una manera de ayudar al financiamiento y sostenimiento del sistema general de salud. Sin embargo, y como se dijo anteriormente, la falta de recursos económicos por parte del paciente o su familia, para sufragar el monto de esa asignación pecuniaria no puede convertirse en una barrera para el acceso al servicio de salud, por ello, ha dicho la Corte Constitucional que es posible exonerar a la persona de la cancelación de dicho valor, siempre y cuando se encuentre dentro de las causales legalmente establecidas[3] o cuando:

> *"De manera que para determinar los casos en que se torna necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras y de los copagos, esta Corporación ha precisado dos reglas jurisprudenciales, de origen constitucional, que deben tenerse en cuenta para proteger efectivamente algún derecho fundamental que pueda resultar vulnerado:* ***(i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor*** *y* ***(ii)*** *cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio."*[4]

Para el presente asunto, resulta de interés la primera de las hipótesis planteada, puesto que la señora Hernández indica que, a pesar de requerir con urgencia la atención para su padecimiento, no puede acceder a los servicios de salud que le fueron ordenados por el especialista tratante, por cuanto no posee el dinero para sufragar los $212.000 que le exige Cafesalud EPSS para la realización de los mismos, señalando como sustento de su afirmación que es madre cabeza de familia y tanto su sustento como el de sus hijos se deriva de su trabajo como vendedora ambulante y de la realización de oficios en casas de familia, labores que muchas veces no puede

[3] Artículo 7º Acuerdo 260 de la CNSSS.
[4] Corte Constitucional, sentencia T-118 de 2011, M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

realizar dados los fuertes dolores que le causan sus enfermedades. Situaciones estas que fueron tenidas en cuenta por el Juez de primera instancia para determinar que era viable la exoneración de la obligación de cancelar los copagos.

Ante dicha exoneración mostró su inconformidad la entidad impugnante, sin embargo más allá de transcribir las normas que regulan la materia, no hizo ningún tipo de esfuerzo para desvirtuar lo dicho por la libelista, y demostrar la capacidad económica de ella para sufragar la cuota solicitada, haciendo que sea necesario confirmar la decisión de primera instancia respecto a este punto por cuanto, jurisprudencialmente se ha establecido que en este tipo de asuntos la carga de la prueba se invierte y por tanto corresponde a la EPS desvirtuar la incapacidad económica del afiliado que la alega.

> *"La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en la legislación procesal civil colombiana referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario.*
>
> *Por otro lado, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) Se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política."*[5]

Situación que reiteró en decisión del año anterior cuando manifestó:

> *"Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica**. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones***

[5] Corte Constitucional, sentencia T-407 de 2006, M.P.: Dr. Jaime Araujo Renteria.

> ***presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.***
>
> *- **Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante**, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, **siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado**."*[6] (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, la decisión de exonerar a la señora Sandra Patricia Hernández de la obligación de cancelar copagos para acceder a los servicios que requiere para la atención de sus actuales patologías, especialmente la hernia umbilical, habrá de confirmarse por cuanto, la EPS accionada a pesar de atacar dicha decisión no realizó ningún esfuerzo para desvirtuar lo manifestado por la accionante, respecto a su incapacidad económica.

En cuanto a la decisión de ordenar el tratamiento integral para la patología de la accionante, advierte la Sala que convalidará dicha orden, por cuanto no se requiere hacer un análisis muy concienzudo para establecer que en el presente asunto ello resulta pertinente, toda vez que hasta el momento CafeSalud EPSS no ha sido precisamente eficiente al momento de brindar atención a su afiliada, pues después de casi un año de que ella empezará a presentar los primeros síntomas de su enfermedad, debió recurrir a la tutela para que se le brindara la atención médica para la misma.

Ante ese panorama, recordemos que ha sido la Corte Constitucional la que de manera genérica ha establecido que el acceso a la salud debe ser eficiente, oportuno y de calidad, de tal suerte que si se niega uno solo de los componentes que permiten la recuperación del paciente, se le está afectando injustificadamente. Por ello es necesario imponer forzadamente esta atención, para evitar que se

[6] Corte Constitucional, sentencia T-496 de 2011, M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

presente aquella vulneración, e impedir así una amenaza en sus derechos, acorde con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991. Así lo ha expuesto el órgano de cierre constitucional:

> *"La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS, de la siguiente manera:*
>
> *"La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud".*
>
> *"Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.*
>
> *"En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio en salud fraccionado, dejando por fuera exámenes, medicamentos y demás procedimientos que la persona requiere para recuperarse, no autoriza el transporte medicalizado necesario para acceder al tratamiento o aminorar sus padecimientos, todos los cuales hayan sido prescritos por el médico tratante. No importa si algunos de los servicios en salud son POS y otros no lo son, pues "las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle".*[7]

Adicionalmente, ya existen unas patologías de base cálculos biliares y hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena, enfermedades para las cuales los médicos tratantes deben establecer una serie de

[7] Sala Novena de Revisión, Sentencia T-022 de 18 de enero de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

tratamientos a seguir, dentro de los cuales pueden haber insumos, procedimientos y medicamentos que se encuentren por fuera del POS, motivo por el cual, y teniendo en cuenta la costumbre de las EPS de negar los servicios o retardar las autorizaciones de los mismos, se hace más que necesaria la orden a Cafesalud EPSS de que le brinde a la actora un servicio integral para sus actuales patologías, ello para evitar que en el futuro, deba recurrir nuevamente a la tutela para conseguir la atención oportuna de la EPSS.

Por último, en lo concerniente a que se indique en la decisión que se facultad a Cafesalud EPSS a efectuar recobro ante la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE RISARALDA por el suministro al paciente de aquello no POS que requiera para la atención de sus enfermedades, es en cuantía del 100%, es menester indicar que sobre este tópico ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Corte Constitucional[8] y los pronunciamientos de esta Colegiatura[9] en los cuales se ha dejado por sentado que el tema del recobro no es una situación que deba debatirse en el campo de la acción tutelar, por tener las entidades de salud los mecanismos y procedimientos para acceder al recobro de los dineros de manera directa y sin necesidad de una orden judicial que así lo declaren.

Por esta razón no es posible acceder a la revocatoria ni a la adición del fallo adoptado en primera instancia, y por el contrario se mantendrá incólume la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad conferida en al Ley,

[8] Corte Constitucional Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
[9] Sentencia de tutela del 08 de Marzo de 2012. Accionante: Diego Fernando Arce, Accionados: Secretaria Departamental de Salud, Hospital Universitario San Jorge y CAFESALUD EPS-S. Sentencia de tutela del 22 de abril de 2013, accionante: Carmen Celina Gutiérrez, accionada: Nueva EPS, ente otras.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, el 15 de julio de 2014, por medio del cual se protegió el derecho a la salud de la señora **SANDRA PATRICIA HERNÁNDEZ BARAHONA.**

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y Remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria